

## **Recurso nº 136/2005**

Data: 19 de Janeiro de 2006

- Assuntos:**
- Inadmissibilidade do recurso
  - A representação pelo Ministério Público
  - Recebimento da notificação
  - Competência do Tribunal Colectivo
  - Julgamento da questão de facto
  - Providência cautelar especificada
  - Aparência do direito
  - Restituição provisória de posse
  - Posse
  - Esbulho violento

### **Sumário**

1. Em caso geral, nomeadamente no processo ordinário, haveria sempre lugar a citação por édito do recorrido ausente e assim representado pelo Ministério Público nos termos do artigo 49º do Código de Processo Civil. Neste caso, incumbe ao Ministério Público assegurar a sua defesa em representação do requerido ora recorrente dada a ausência dele em parte incerta.
2. Só faz cessar a representação do Ministério Público com a constituição de mandatário por ausente, nos termos dos artigos 49º nº 3 do Código de Processo Civil.

3. Como a lei não exige que na providência cautelar a citação edital do requerido, não haverá logo a citação do Ministério Público para a sua representação..
4. a citação edital e conseqüente citação do Ministério Público em virtude do recurso do indeferimento liminar do pedido de providência não pode produzir efeitos legais da representação do Ministério Público.
5. A lei exige a chamamento pessoal do requerido depois do decretamento da providência, quando não tinha sido efectivamente ouvido antes de tomar a decisão da providência, nos termos do artigo 330º nº 5 do CPC.
6. ao Tribunal Colectivo competência para julgar “as questões de facto nas acção de natureza cível e laboral de valor superior à alçada dos Tribunais de Primeira Instância, bem como as questões da mesma natureza nos incidentes, procedimentos cautelares e execuções que sigam os termos do processo de declaração e cujo valor exceda aquela alçada.
7. Trata-se a nulidade dos contratos pelos quais resultam a posse do requerente da providência em causa da questão que seria resolvida em sede da acção de posse ou eventualmente litígio acerca das obrigações resultantes do contrato, mas não no procedimento cautelar no qual se destina verificar a posse aparente.
8. Para que a providência de restituição provisória da posse seja ordenada, basta que o Tribunal reconheça, através do exame das provas alegadas pelo requerente, que este tinha a **posse** e foi **esbulhado dela violentamente**.
9. Relativamente ao requisito de titularidade dum direito da providência cautelar, basta um juízo de virosimilhança em

probabilidade, numa aparência de direito, sem se impondo uma indagação exhaustiva do direito do requerente, sem ser necessário um juízo de verdade, de realidade.

10. Sendo o acto a colocação de uma corrente e um grande cadeado, sem o conhecimento do possuidor, que se trata não só de mero acto de impedir o acesso no objecto da posse, como de acto de apropriar, para a sua esfera jurídica, o objecto da posse do possuidor, verifica-se o esbulho violento.

O Relator,  
Choi Mou Pan

## Recurso nº 136/2005

**Recorrente:** A

**Recorrido:** Banco Tai Fung, SARL (大豐銀行股份有限公司)

**A**cordam no Tribunal de Segunda Instância da

R. A. E. M. . :

A, interpôs recurso do despacho de fls. 136 e ss. de 10 de Fevereiro de 2003, proferido no procedimento cautelar que, sob o n.º 03-0038-CAO-A do 1.º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Base, na procedência da providência cautelar decretou a restituição ao requerente da posse do prédio identificado nos autos, alegando, em síntese, o seguinte:

- A. As questões de facto foram julgadas pelo tribunal singular quando o deviam ter sido pelo tribunal colectivo, pelo que o despacho recorrido deverá ser revogado, ao abrigo do disposto nos art.ºs 23.º, 6., 3) da Lei de Base da Organização Judiciária, 30.º, 31.º, n.º 1, 33.º, n.º 1, 413.º, a) e 414.º, todos do CPCM.
- B. O despacho recorrido incorreu em erro de determinação da norma aplicável, tendo aplicado o art.º 745.º, n.º 1, f) do CCM

em vez do art.º 754.º do CCP, nos termos do qual o Recorrido não dispõe de qualquer direito real de garantia sobre a fracção pertencente ao recorrente.

- C. A contribuição de registo relativa ao contrato-promessa de fls. 8 a 12, nunca foi paga como prescrevia o corpo e o parágrafo único do artigo 13.º, bem como o artigo 68.º, ambos do RLCCR, pelo que o despacho recorrido ao pressupor a validade desse contrato, violou o disposto nos art.ºs 294.º do CCP e no corpo do artigo 94.º do “Regulamento para a Liquidação e Cobrança da Contribuição de Registo” (RLCCR) ex vi do artigo 13.º deste diploma.
- D. O despacho recorrido ao pressupor a validade do contrato assinado entre o Banco Tai Fung, a B e o devedor C para garantia do empréstimo de HK\$3.800.000,00, violou o disposto nos art.os 892.º, 680.º e 688.º do CCP e 294.º do mesmo diploma ex vi do art.º 2.º, n.os 1 e 2 da Lei n.º 15/2001, pelo que deverá ser revogado.
- E. O despacho recorrido ao considerar que: «O Banco requerente já obteve a tradição do imóvel, pelo que é, detentor legítimo e lícito deste e tem o direito de retenção sobre o imóvel» violou o disposto nos art.ºs 892.º do CCP ou, subsidiariamente, o art.º 880.º ex vi do art.º 893.º do mesmo diploma, ou subsidiariamente o art.º 261.º, n.º 3, do CCM ou, ainda, o art.º 1106.º do CCM, tendo, também, incorrido em erro na determinação da norma aplicável ao aplicar o art.º 745.º, n.º 1, f) do CCM quando devia ter aplicado o art.º 754.º do CCP.

- F. Não se verifica nenhum dos casos especiais de direito de retenção previstos no art.º 755, n.º 1 e 2 do CCP, ou nas alíneas do n.º 1 do actual artigo 745.º do CCM.
- G. O Recorrido só gozaria do direito de retenção sobre a fracção a que se refere o contrato promessa de fls. 8 a 12 se o seu crédito resultasse de despesas indispensáveis à sua conservação lícitamente feitas por causa dela ou de danos por ela causados (art.º 754.º do texto do CCP que vigorou em Macau), o que nunca foi alegado e/ou provado nem é manifestamente o caso dos autos.
- H. No caso ora em apreço, não existe direito de retenção por se não verificarem os pressupostos essenciais da reciprocidade de créditos e da conexão substancial entre a coisa retida e o crédito do Recorrido e da licitude de detenção da coisa, tendo o despacho recorrido, ao julgar: «O Banco requerente (...) é, detentor legítimo e lícito deste (...)» violado o disposto no art.º 754.º do CCP, pelo que deverá ser revogado.
- I. Ainda que existisse o direito de retenção, sempre o Tribunal *a quo* teria violado o art.º art.º 745.º, f) do CCM ao interpretá-lo no sentido de que o direito é conferido ao cessionário da posição do beneficiário originário da promessa de transmissão do direito de propriedade sobre a fracção “A31”, era oponível ao terceiro adquirente de boa fé.
- J. O facto de no caso em apreço, o Recorrido ter invocado o direito de retenção sobre o imóvel excluiu a possibilidade da posse,

dado que tal direito excluiu o animus possidendi sem o qual ela não existe.

- K. No caso ora em apreço o Recorrido não dispõe da posse sobre a fracção a que se refere o contrato promessa de fls. 8 a 12, tendo o despacho recorrido ao julgar que posse do imóvel passou a ser exercida pelo Banco Tai Fung, violado o disposto nos art.ºs 442.º, n.º2, segunda parte, 1251.º, 754.º, 755.º, a contrario, 759.º, n.º 3,671.º, b), 678.º e 694.º, todos do CCP.
- L. A utilização que o Recorrido diz ter feito da fracção “A31”, caiu no âmbito do disposto no art.º 326.º do CCM, porquanto excedeu manifestamente o fim económico do direito de retenção.
- M. Ora, sendo o abuso de direito uma excepção de conhecimento oficioso e não se tendo o Tribunal a quo pronunciado sobre ela, o despacho recorrido incorreu na nulidade prevista no art.º 571.º, n.º 1, d), primeira parte, do CPCM, pelo que deverá ser revogado.
- N. Segundo jurisprudência dominante do Supremo Tribunal de Justiça é indispensável a presença da pessoa para que o emprego da força sobre as coisas que fazem obstáculo ao esbulho, o tornem violento.
- O. Tribunal a quo ao julgar no despacho recorrido que a substituição da fechadura de uma porta, sem que o desapossado se encontrasse presente, objectiva o requisito da violência exigido para ao decretamento da providência de restituição provisória da posse, violou os art.os 255.º, 1251.º, 1261, n.º 2, e

1279.º do CCP, bem como a doutrina sintetizada no AC. STJ de 1984/11/13 in BMJ N.º 341 pág. 401, no AC. STJ de 1978/05/02 in BMJ N.º 277 pág. 168, no AC. STJ de 1983/03/15 in BMJ N.º 325 pág. 578, no AC. RP de 1982/04/20 in BMJ N.º 316 pág. 275, no AC. RL de 1979/07/10 in CJ TIV ANO IV, pág. 1169, e no AC. RL de 1979/07/27 in CJ TIV, ANO IV pág. 1198, pelo que deve ser revogado.

- P. Subsidiariamente, ainda que se admitisse equivaler o arrombamento à violência, sempre esta teria cessado logo que a casa fosse ocupada pelo Recorrente (vide acórdão de 15 de Março de 1983 in Boletim do Ministério de Justiça n.º 325, página 578).
- Q. Neste quadro, sendo incontestável de que passaram mais de 15 meses desde a data em que cessou a violência e a data de proposição da acção de restituição definitiva da posse, afigura-se que o direito de acção do Recorrido caducou por força do art.º 1207.º, n.º 1 e 2 do CCM, pelo que deverá decretar-se a caducidade da providência em apreço, dado que a caducidade do direito de accionar impede os efeitos jurídicos dos factos articulados pelo Recorrido na acção principal.

Nestes termos, deve ser dado provimento ao presente recurso e, conseqüentemente, ser revogado o duto despacho recorrido, com as legais conseqüências.

Ao recurso contra-alegou o recorrido **Banco Tai Fung, SARL**, alegando, em síntese, o seguinte:

1. Em cumprimento do determinado por esse Venerando Tribunal, o Meritíssimo Juíz do Distinto Tribunal a quo ordenou a fls. 90 a citação do recorrente para os termos do recurso e da causa, ao abrigo do nº 3 do artigo 395º do CPCM.
2. Tendo resultado frustradas todas as tentativas de citação do recorrente, então requerido, procedeu-se à sua citação edital, sem que, decorrido o prazo legal, aquele desse sinais de vida, pelo que o recorrente passou, então, a estar na causa representado pelo Ministério Público (vd. fls. 95 a 100 e 104 a 109).
3. Na sequência do igualmente determinado por esse Venerando Tribunal de Segunda Instância, teve lugar a Inquirição das testemunhas arroladas pelo recorrido tendo logo sido proferida Decisão que foi imediatamente notificada aos presentes, entre os quais se incluía o Ilustre Procurador Adjunto (por si e em representação do requerido).
4. Facilmente se constata, portanto, que o ora recorrente foi efectivamente chamado ao procedimento cautelar e, tendo primado pela ausência, foi representado pelo Exmº Magistrado do Ministério Público em todos os momentos processuais que lhe diziam respeito.
5. O que significa que se deu cumprimento ao princípio do contraditório no decorrer do processo, pelo que se não pode falar na não audição do então requerido antes do decretamento da providência cautelar, não sendo de aplicar o artigo 333º do CPCM.

6. Em consequência, deverão ser revogados os despachos de fls. 143 e 161 por violação do nº 1 artigo 594º do CPCM, e não ser admitido, por extemporâneo, o presente recurso.
7. O Distinto Tribunal Singular a quo é competente para julgar a matéria de facto da presente providência cautelar.
8. Com efeito, embora a alínea 3) do nº 6 do artigo 23º da Lei de Base de Organização Judiciária, atribua competência ao tribunal colectivo para julgar as questões de facto nos procedimentos cautelares que sigam os termos do processo de declaração e cujo valor exceda a alçada dos Tribunais de Primeira Instância, no próprio corpo do mesmo nº 6 se ressalvam desta competência os casos em que as leis de processo prescindam da intervenção do colectivo.
9. Ora, atentando no facto de que na presente providência o requerido não contestou, tendo permanecido em revelia absoluta apesar de citado editalmente, tem aplicação o nº 2 do artigo 549º do CPCM, nos termos do qual, se as partes não requererem a intervenção do tribunal colectivo “(...) o julgamento da matéria de facto e a elaboração da sentença final cabem ao juiz do processo”.
10. Acresce que, a questão levantada pelo recorrente, já foi alvo de diversas decisões desse Venerando Tribunal a propósito da competência ou não do juiz singular para inserir a decisão final no despacho saneador, todas elas no sentido afirmativo (vd. Ac. TSI de 2/5/2002, proferido no Processo nº 232/2001 e Ac. TSI de

25.4.2002, proferido no Processo nº 235/2001), sendo aqui aplicável o mesmo raciocínio,

11. O contrato-promessa de fls. 8 a 12 dos autos CV1-03-0038-CAO/A é válido.
12. Face ao nº 2 do artigo 12º do actual Código Civil, a este contrato, celebrado em 15/6/1995, aplicam-se dois regimes legais: i) o regime legal previsto no Código Civil Português de 1966 (CC66), tornado extensivo a Macau pela Portaria nº 22 869, de 4 de Setembro de 1967, quanto à sua constituição e ii) o regime do actual Código Civil de Macau (CC), quanto ao seu conteúdo.
13. Os artigos 13º e 94º do Regulamento para a Liquidação e Cobrança da Contribuição de Registo (RLCCR), aprovado pelo Decreto de 29 de Agosto de 1901, foram revogados pelo artigo 3º da Portaria nº 22.869, de 4 de Setembro, no que se refere à sua componente e efeitos de direito civil, nomeadamente, quanto à previsão da pena de nulidade de que se socorre o recorrente, a qual não é uma mera sanção tributária mas também civil, pelo que não têm aplicação ao caso vertente.
14. Mesmo que, por hipótese remota, assim se não entenda, nos termos do artigo 107º do RLCCR, a pena de nulidade por falta de pagamento da contribuição de registo apenas pode ser imposta mediante acção cível intentada pelo respectivo agente do Ministério Público, no prazo de 5 anos a contar da violação legal (artigo 119º do mesmo diploma legal).

15. Tendo decorrido o prazo de prescrição sem haver sido intentada a acção de nulidade, o vício, a existir, estaria irremediavelmente sanado no caso vertente.
16. Acresce que o recorrente não pode invocar este tipo de vício uma vez que tal apenas aproveita aos contratantes, só eles tendo legitimidade para a sua invocação, sendo que tais contratos nunca foram colocados em crise senão, agora, pelo recorrente.
17. O contrato de fls. 23 e 24 é válido.

Com efeito:

- Tal contrato comporta 3 contraentes, incluindo, C, o qual, aliás, renuncia expressa e incondicionalmente a todos os direitos em favor do autor/recorrido (vd. Cláusula 4<sup>a</sup>), incluindo o seu direito de aquisição sobre o imóvel em causa, em caso de incumprimento que lhe seja imputável;
- É irrelevante o nome que as partes possam dar a um determinado contrato ou garantia apenas interessando o que realmente pretendem contratar e, in casu, o que releva é a indisponibilidade relativa dos direitos sobre o imóvel em causa que, sob determinadas condições, foi acordada voluntariamente entre todos os contratantes;
- Na sua cláusula 3<sup>a</sup> prevê-se uma promessa de hipoteca e não, conforme o alega desatentamente a constituição de uma hipoteca;
- No que respeita ao arrazoado do recorrente nos n.ºs. 32 a 44 das suas alegações, o ora recorrido lembra, uma vez mais, que no

chamado contrato tripartido, figura desde logo o consentimento de C quanto à cessão da posição contratual materializada no documento de fls. 27 dos autos CV1-03-0038-CAO/A;

- Apesar de desnecessário, a cessão é assinada por C na qualidade de representante da proprietária (a cedida) e na qualidade de promitente-comprador (cedente), a favor do autor (cessionário).
  - Por outro lado, não se verifica o vício e forma alegado pelo recorrente nos n.ºs. 29 e 30 uma vez que, por um lado, a Lei n.º 15/2001, de 22 de Agosto, não é aplicável aos contratos-promessa e tripartido, ambos de 1995 e, por outro lado, o recorrente não pode, repete-se, invocar qualquer vício de forma de nenhum dos contratos referidos, uma vez que tal apenas aproveita aos contratantes, só eles tendo legitimidade para a sua invocação, sendo que tais contratos nunca foram colocados em crise senão, agora, pelo recorrente.
18. O recorrente é titular do direito de retenção sobre o imóvel em causa.
19. O nosso ordenamento jurídico acolheu a Doutrina de Ennecerus-Nipperdey: Na hipótese de a LN vir interferir no conteúdo dum contrato anterior, através de normas imperativas de carácter institucional, haverá de dizer-se que a referida lei regula o conteúdo e os efeitos duma relação jurídica abstraído dos factos que lhe deram origem e que, portanto, é de aplicação imediata (Batista Machado in pág. 336 e ss. da obra “Da aplicação da Lei no Tempo ao Novo Código).

20. A alínea f) do actual Código Civil de Macau é uma norma institucional, isto é, que interessa à própria ordem social, atinente ao próprio conteúdo da situação jurídica, pelo que é de aplicação imediata.
21. No entanto, ainda que se considerasse que aquele preceito legal não é imediatamente aplicável, já entendia o Venerando Tribunal Superior de Justiça de Macau (TSJ), partindo de uma interpretação do artigo 2º da Lei nº 20/88/M, de 15 de Agosto, que, “havendo *traditio rei* do promitente-vendedor para o promitente-comprador, este passa a possuir a coisa (Ac. TSJ, de 15/2/1995, proferido no Proc. nº 254).
22. Aliás, mesmo sem o recurso à previsão especial da alínea f) do artigo 745º do actual CC, o recorrido sempre seria titular do direito de retenção à luz da previsão geral do artigo 744º do mesmo diploma e do artigo 754º do CC66.
23. Na verdade, como bem o refere o douto Ac. de 29/9/93 do TSJ proferido no Proc. nº 018, ao autor basta-lhe ser titular de um crédito pelo não cumprimento do contrato-promessa por banda do outro contraente, para ser titular do direito de retenção sobre o imóvel objecto da promessa, nos termos gerais do artigo 754º do CC66.
24. Mas mais: o direito de retenção é expressamente conferido ao autor/recorrido nos termos do próprio clausulado do chamado contrato tripartido.
25. Pelo que, mais uma vez, nem sequer se afigura necessário o recurso à citada al. f) do atr. 755º do actual CC, para se constatar

da efectiva existência do direito de retenção da fracção autónoma a favor do recorrido, já que foi essa a vontade expressamente contratada entre as partes.

26. Não assistindo, portanto, sob nenhum prisma, qualquer razão ao recorrente a este respeito.
27. A propósito da peregrina ideia veiculada pelo recorrente nos pontos nºs. 72 e seguintes pretendendo ser-lhe inoponível o direito de retenção de que é titular o ora recorrido, basta referir que a própria lei confere ao titular do direito de retenção legitimidade para defender a posse contra qualquer acto de esbulho, mesmo contra o dono (artigo 670º do CC66 aplicável ex vi do nº 3 do artigo 759º do mesmo Código e artigo 666º do actual CC aplicável ex vi do nº 3 do artigo 749º do mesmo Código).
28. O recorrido detinha a posse do imóvel em causa, dela tendo sido violentamente esbulhado pelo recorrente.
29. Com efeito, consta da matéria de facto vertida na douta sentença recorrida que: “A partir de 13/6/2000 a posse do imóvel passou a ser exercida pelo Banco Tai Fung, que na mesma data lhe foi entregue a fracção; desde então foram feitas diversas obras no interior da fracção sob autorização do Banco requerente; O imóvel foi equipado com diversas peças de mobiliário; a B não mais exerceu a posse do imóvel” (fls. 137v).
30. Assente está, pois, até decisão em contrário na acção principal, se a houver, que o recorrido é o legal possuidor assim como o titular do direito de retenção sobre o imóvel em causa.

31. Não existindo qualquer incompatibilidade entre estes dois direitos (Calvão da Silva in “Sinal e Contrato Promessa, pág. 120, e Almeida Costa in Direito das Obrigações, pag. 826. Ainda, vg., por exemplo, Ac. do STJ de 25/2/86 in BMJ 354º - 549).
32. Sendo absurda a extrapolação que o recorrente se permite fazer do seu infundado raciocínio em contrário, para concluir pela imputação de uma situação de abuso de direito ao recorrido, por considerar que o direito de retenção não permitiria o uso da coisa prometida.
33. Na verdade, sendo o recorrido o lícito possuidor por força de sentença judicial, pode ele usar livremente a coisa prometida.
34. Existindo, ainda, no caso vertente, a força do contratado, conferindo a retenção e posse ao recorrido, com perfeito conhecimento e consentimento, quer da proprietária, quer do anterior possuidor.
35. Não tem o recorrente qualquer razão ao invocar a inexistência de esbulho violento no caso sub judice, pelo que esteve bem o Distinto tribunal a quo.
36. Com efeito, no caso vertente, o recorrente não só mudou a fechadura do imóvel que estava na posse do recorrido, com a arrombou e, ainda, colocou correntes e cadeados na mesma porta.
37. E aqui, i) o recorrido é o lícito possuidor da coisa violada pela actuação do esbulhador e ii) o arrombamento, a mudança de fechadura e a colocação de cadeados e correntes verificaram-se contra a própria porta que era, em si, um obstáculo ao esbulho.

38. Sendo que o possuidor ficou totalmente impedido de aceder ao objecto da posse.
39. Face a uma situação como a constante dos autos, a jurisprudência do STJ é pacífica ao considerar que existe violência sobre a coisa (vd., entre muitos, Ac. de 7/7/99, Ac. de 1/12/99, Ac. de 20/5/97, Ac. de 25/11/98, Ac. de 19/3/96, Ac. de 25/6/98 e Ac. de 26/5/98, todos do STJ, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).
40. Alega finalmente o recorrido, que, admitindo-se o esbulho violento, então, face aos arts. 1192º, nº 1, d) e 2 do CCM, a posse do recorrente caducou porque a acção possessória principal apenas foi interposta em 12/3/2003, quando o recorrido ocupou a fracção em causa em 22/10/2001, logo, por lapso de tempo superior a 1 ano.
41. Não tem, porém razão o recorrente, porquanto o recorrente não interpôs um procedimento cautelar para a obtenção da restituição provisória da posse mas uma providência cautelar não especificada, pelo que, apenas se pode levantar a questão da caducidade da acção possessória a partir do momento em que o Distinto tribunal a quo colocou a situação controvertida, motu próprio, nesse plano jurídico, ou seja, apenas após a data da decisão recorrida, mais concretamente, a partir de 10/2/2003.
42. Mesmo que assim se não entendesse, então, de acordo com o próprio raciocínio do recorrente, o recorrido teria reentrado na posse do imóvel em causa em 27/3/2003 com a entrega judicial da fracção (cfr. fls. 147), tendo a sua posse até à data presente,

pelo que, a posse a que se arroga o recorrente teria sido, por sua vez, perdida a favor do recorrido.

Nestes termos, devem ser revogados os despachos de fls. 143 e 161 por violação do nº 1 do artigo 594º do CPCM, e não ser admitido, por extemporâneo, o presente recurso.

De todo o modo e por todo o exposto, não se verifica a nulidade da decisão recorrida pelo que não pode ser dado provimento ao presente recurso.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos vistos legais dos Mmº juizes-adjuntos.

À matéria de facto foi consignada por assente a seguinte factualidade:

- O Banco Tai Fung é uma instituição de crédito, legalmente constituída em Macau, tendo por objecto o exercício do comércio bancário.
- Neste âmbito, concedeu um empréstimo a C, que se destinou a financiar o pagamento do remanescente do preço de compra de uma fracção autónoma a favor da promitente vendedora, Sociedade de Investimentos em Propriedades B, Lda. (a seguir abreviadamente designada por B).
- Com efeito, ao abrigo do contrato-promessa de compra e venda, datado de 15 de Junho de 1995, a B prometeu vender a C, que prometeu comprar, a fracção autónoma designada

pela letra “A”, do 31º andar, do prédio sito na Praça de Lobo de Ávila, outrora com os nºs 14 e 16, e na Escada da Árvore, outrora com os nºs 4A a 34, Edifício XXX.

- Segundo o estipulado no contrato, o preço acordado de MOP\$8.049.600,00, equivalente a HK\$7.800.000,00, devia ser pago de harmonia com o escalonamento constante da cláusula 2ª.
- Em 8 de Setembro de 1995, o Banco Tai Fung concedeu um empréstimo ao referido C, no montante de HK\$3.800.000,00, destinado a financiar a referida compra.
- O empréstimo foi utilizado em 8 de Setembro de 1995, tendo HK\$28.835,00 sido creditado na conta pertencente a C e o remanescente (HK\$3.771.165,00) na conta pertencente à B, por instruções daquele.
- Para garantia de reembolso do referido empréstimo de HK\$3.800,000,00, seus juros e demais encargos, foi assinado, entre o Banco Tai Fung, a B e o devedor C, um contrato que, através do qual foi confirmado:
  - a) O pagamento integral do preço de venda, que em dólares de Hong Kong era de \$7.800.000,00, dando a B a correspondente quitação;
  - b) O objecto do contrato (fracção autónoma “A” do 31º andar do edifício XXX).
- Ficou estipulado, pela cláusula 10º, que:

- i) O devedor C obrigava-se a pagar as amortizações mensais contratualmente estipuladas;
  - ii) Em caso de incumprimento, o Banco Tai Fung poderia rescindir imediatamente o referido contrato, obrigando-se a B a transmitir o direito de aquisição da referida fracção autónoma ou a sua propriedade a favor do Banco Tai Fung quando este o exigisse;
  - iii) E, nesse caso, o comprador-devedor C, por sua vez, obrigava-se a entregar imediata e incondicionalmente o mesmo imóvel ao Banco Tai Fung, livre de pessoas e bens.
- O C incumpriu a sua obrigação de reembolso do empréstimo.
  - Em 13 de Junho de 2000, a B e o Banco Tai Fung assinaram o contrato de transmissão da posição contratual, através do qual foi confirmado o seguinte:
    - Ter a B assinado com C o contrato-promessa de compra e venda da fracção "A" do 31º andar;
    - Ter a B assinado o contrato-tripartido que se destinava a garantir o reembolso do referido empréstimo de HK\$3.800.000,00;
    - Ter o devedor C deixado de cumprir a obrigação contratual de pagamento.
  - Por esse contrato de 13/06/2000, foi transferida a favor do Banco Tai Fung o direito de aquisição da fracção "A-31" e dos

demais direitos resultantes do contrato-promessa de compra e venda.

- Todos estes contratos nunca aforam postos em crise pelo C ou pela B.
- A fracção autónoma em causa tem hoje a seguinte identificação na Conservatória do Registo Predial:
  - “A-31”, do 31º andar “A”, para habitação, do prédio urbano sito em Macau com os nºs 16 a 18 da Praça de Lobo d Ávila, inscrito na matriz sob o artigo nº 72006 e descrito sob o nº 9739 do livro B-26.
- A B, após a celebração do contrato-tripartido, entregou chave da fracção a C, cedendo-lhe a posse do imóvel.
- Que a exerceu ininterruptamente desde 8 de Setembro de 1995 até 13 de Junho de 2000, data em que a posição contratual de promitente comprador da fracção “A-31” foi transmitida ao Banco Tai Fung.
- A partir de 13/06/2000 a posse do imóvel passou a ser exercida pelo Banco Tai Fung, que na mesma data lhe foi entregue a chave da fracção.
- Desde então foram feitas diversas obras no interior da fracção sob autorização do Banco requerente.
- O imóvel foi equipado com diversas peças de mobiliário.
- A B não mais exerceu a posse do imóvel.
- Sucede que a B vendeu, em 1 de Junho de 2001, a referida fracção “A-31” a uma associada sua - XXX.

- Tendo tomado conhecimento desta venda, o Banco Tai Fung, receando sofrer mais danos, colocou em 16 de Agosto de 2001 um dístico na porta de entrada daquele imóvel, informando que o mesmo era propriedade do Banco Tai Fung.
- Em 19 de Outubro de 2001, um indivíduo apelidando-se de D, invocando ser procurador do A, quis arrombar a porta de entrada e ocupar a fracção autónoma.
- Dois funcionários do Banco Tai Fung falaram então com o referido indivíduo e este confirmou que tinha sido incumbido pelo A para abrir a porta do imóvel e apossar-se dele, com vista a uma próxima revenda.
- Os funcionários do Banco informaram então o referido indivíduo que o Banco, tinha direitos sobre a fracção autónoma.
- Os funcionários do Banco deram ainda ordens específicas ao referido indivíduo para não arrombar a porta e ocupar o imóvel.
- Após, o Banco Tai Fung colocou ainda uma nova fechadura na porta de entrada daquele imóvel, para impedir que terceiros ocupassem aquele imóvel abusivamente.
- Porém, em 22 de Outubro de 2001, a porta da fracção foi arrombada por desconhecidos, a mando do A, sem o consentimento do Banco Tai Fung.

- A porta de entrada daquele imóvel foi depois trancada com a colocação de uma corrente e um grande cadeado, passando o A a ocupar o referido imóvel.
- Os factos provados fundamentam-se na convicção resultante do depoimento das testemunhas inquiridas, que têm conhecimento directo dos factos e que depuseram com isenção e imparcialidade, e do exame aos documentos juntos aos autos.

Conhecendo.

Na sua motivação de recurso, o recorrente coloca as seguintes questões:

1 - A incompetência do Tribunal singular no julgamento da matéria de facto

2 - O Código Civil de Macau não é aplicável para reconhecer a existência do direito de retenção se não aplica ao alegado incumprimento do contrato-promessa celebrado em 15 de Junho de 1995.

3 - Nulidade do contrato-promessa de fl. 8 a 12.

4 - Nulidade do contrato de tripartido de fl. 23 a 24.

5 - Nulidade do contrato de fl. 27.

6 - Inexistência do direito de retenção, e subsidiariamente,

7 - Inoponibilidade do direito de retenção.

8 - Inexistência da posse

9 - Abuso de direito, caso a parte recorrida tivesse a posse da fracção em causa em virtude do direito de retenção.

10 - Inexistência do esbulho violento, e subsidiariamente

11 - Caducidade da providência

Por sua vez, o recorrido Banco, na sua resposta de recurso, levantou a questão de inadmissibilidade do recurso, entendendo que:

“Em cumprimento do determinado por Tribunal de Segunda Instância, o Juiz *a quo* ordenou a fl. 90 a citação do recorrente para os termos do recurso e da causa, ao abrigo do nº 3 do artigo 395º do CPCM.

Tendo resultado frustradas todas as tentativas de citação do recorrente, então requerido, procedeu-se à sua citação edital, sem que, decorrido o prazo legal, aquele desse sinais de vida, pelo que o recorrente passou, então, a estar na causa representado pelo Ministério Público (vd. fls. 95 a 100 e 104 a 109).

Na sequência do igualmente determinado pelo Tribunal de Segunda Instância, teve lugar a Inquirição das testemunhas arroladas pelo recorrido tendo logo sido proferida Decisão que foi imediatamente notificada aos presentes, entre os quais se incluía o Ilustre Procurador Adjunto (por si e em representação do requerido).

Constata que o ora recorrente foi efectivamente chamado ao procedimento cautelar e, tendo primado pela ausência, foi representado pelo Exmº Magistrado do Ministério Público em todos os momentos processuais que lhe diziam respeito.

O que significa que se deu cumprimento ao princípio do contraditório no decorrer do processo, pelo que se não pode falar na não

audição do então requerido antes do decretamento da providência cautelar, não sendo de aplicar o artigo 333º do CPCM.

Em consequência, deverão ser revogados os despachos de fls. 143 e 161 por violação do nº 1 artigo 594º do CPCM, e não ser admitido, por extemporâneo, o presente recurso.”

Por despacho do relator, foi relegada esta questão para esta decisão final, a julgar com o recurso.

Vamos ver em primeiro lugar esta questão.

### **Inadmissibilidade do recurso**

O recorrente, ao ser notificado a convocação para a pronúncia acerca da questão de inadmissibilidade do recurso levantada pelo recorrido, veio dizer que as peças do processo com que as partes instruíram as alegações e as contra-alegações demonstram que nem o requerido ora recorrente nem o Ministério Público foram notificados da decisão recorrida nos termos do artigo 330º, nº 5 e 333º do CPCM e que tal significa que o termo inicial do prazo estabelecido no artigo 591º nº 1 do CPCM apenas ocorreu com a notificação do recorrente em 18 de Janeiro de 2005 e a decisão que decretou a providência cautelar era pois recorrível à data da interposição do recurso em 21 de Janeiro de 2005.

Como resulta dos autos, cremos que não se aplica ao presente caso os dispostos no artigo 330 nº 5 do Código de Processo Civil.

No presente caso, houve uma citação do requerida ora recorrente para o recurso e para o procedimento nos termos do 395º nº 3 do Código

de Processo Civil, em virtude de ter recurso do requerente ora recorrido do indeferimento liminar do seu pedido de providência cautelar.

Em caso geral, nomeadamente no processo ordinário, haveria sempre lugar a citação por édito do recorrido ausente e assim representado pelo Ministério Público nos termos do artigo 49º do Código de Processo Civil. Neste caso, incumbe ao Ministério Público assegurar a sua defesa em representação do requerido ora recorrente dada a ausência dele em parte incerta.

A representação do Ministério Público só cessa com a constituição de mandatário por ausente, nos termos dos artigos 49º n.º 3 do Código de Processo Civil, representação essa que tem a função equivalente à normal representação judiciária exigida pela lei adjectiva, nomeadamente para assegurar os direitos e interesses processuais do ausente. Assim, com a excepção da exigência da actuação pessoal do representado, devia em princípio, considerar que a presença do Ministério Público na diligência legalmente admissível produz efeitos legais, nomeadamente para o recebimento da notificação, como a do mandatário judicial.

É, porém, diferente no presente caso. Vejamos.

Dispõe o artigo 330º (Contraditório do requerido), que:

“1. O tribunal ouve o requerido antes do decretamento da providência, excepto quando a audiência puser em risco sério o respectivo fim ou eficácia.

2. Quando seja ouvido antes do decretamento da providência, o requerido é citado para deduzir oposição, sendo a citação substituída por notificação quando já tenha sido citado para a causa principal.

3. Não tem lugar a citação edital, devendo o juiz dispensar a audiência do requerido quando se certificar que a citação pessoal deste não é viável.

4. A revelia do requerido que tenha sido citado tem os efeitos previstos no processo comum de declaração.

5. Quando o requerido não for ouvido e a providência vier a ser decretada, só após a sua realização é notificado da decisão que a ordenou, aplicando-se à notificação o preceituado quanto à citação.

6. Se a acção for proposta depois de o réu ter sido citado no procedimento cautelar, a proposição produz efeitos contra ele desde a apresentação da petição inicial.”

Como a lei não exige que na providência cautelar a citação edital do requerido, não haverá logo a citação do Ministério Público para a sua representação. Pois trata-se o procedimento cautelar um processo urgente, tendo em conta a sua finalidade das providências.

Assim sendo, a citação edital e consequente citação do Ministério Público em virtude do recurso do indeferimento liminar do pedido de providência não pode produzir efeitos legais da representação do Ministério Público.

A lei exige a chamamento pessoal do requerido depois do decretamento da providência, quando não tinha sido efectivamente

ouvido antes de tomar a decisão da providência, nos termos do artigo 330º nº 5 do CPC.

Comprovada a notificação efectiva do requerido no dia 18 de Janeiro de 2005 e o recurso foi interposto em 21 de Janeiro de 2005, está obviamente em tempo, e o recurso é admissível..

Assim sendo passará a apreciar o mérito do recurso, e comecemos por conhecer das questões-prévias contidas nas questões de recurso, que são a incompetência do Tribunal Singular e a lei aplicável.

Vejamos.

### **Incompetência do Tribunal Singular**

Entende o recorrente que o tribunal singular não tem competência em julgar a matéria de facto em procedimento cautelar que tinha o valor de causa superior à alçada do Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 23º nº 6 al. 3) da Lei nº 9/1999.

Não tem razão.

Que a lei pretende conferir o poder no julgamento de matéria de facto nos termos do artigo 23º é precisamente pela importância da decisão final de matéria de facto em matéria cível, a determinar pelo valor de causa.

Ao contrário, e como se sabe, no procedimento cautelar, em que não se exige uma prova aprofundada dos elementos materiais constitutivos do direito que o requerente da providência se arroga, o tribunal não decide a matéria de facto para servir a decisão final da acção e consequente decisão de direito a que a acção visa alcançar.

O artigo 23º nº 6 al. 3) da Lei de Organização Judiciária confere ao Tribunal Colectivo competência para julgar “as questões de facto nas acção de natureza cível e laboral de valor superior à alçada dos Tribunais de Primeira Instância, bem como as questões da mesma natureza nos incidentes, procedimentos cautelares e execuções que sigam os termos do processo de declaração e cujo valor exceda aquela alçada.”

Em Princípio, o procedimento cautelar segue os termos processuais e tramitações próprias previstas no Código de Processo Civil, e não os termos do processo de declaração. Porém, quando nele são deduzidos embargos, nestes é que se segem os termos do processo de declaração, cabendo o Tribunal Colectivo julgar a questão de facto se o valor de causa excede a alçada do mesmo Tribunal e cabendo ao Tribunal Singular julgar a questão de facto se o valor da causa não a excede.

Como nos presentes autos, não foram deduzido embargos, não cabe ao Tribunal Colectivo julgar e decidir a questão de facto.

Quando não prevê a competência para o Tribunal Colectivo, é competente o Tribunal Singular - artigo 23º nº 2 da mesma Lei, estando assim bem corridos os termos processuais no presente procedimento.

Improcede o recurso nesta parte.

Consignadas as questões prévias, estamos em condições de avançar.

A questão de fundo prende com os pressupostos do providência cautelar especificada - restituição provisória de posse - prevista no artigo 338º e seguintes do Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 338º, no caso de esbulho violento, pode o possuidor pedir que seja restituída provisoriamente à sua posse, alegando os factos que constituem a posse, o esbulho e a violência; e em outra caso de esbulho, ao possuidor é facultado, nos termos gerais, o procedimento cautelar comum – artigo 340º.

No presente caso, o requeute ora recorrido Banco utilizou o meio de providência especificada de restituição provisória da posse, tendo alegado a sua posse e os factos de esbulho violento.

Assim sendo, para que esta providência seja ordenada basta que o Tribunal reconheça, através do exame das provas alegadas pelo requerente, que este tinha a **posse** e foi **esbulhado dela violentamente**.

Antes de avançar, merece ponderar as questões levantadas pelo recorrente acerca da nulidade dos contratos pelos quais resultam a posse do requerente da providência em causa. Digamos que se tratam todas estas questões de uma questão que seria resolvida em sede da acção de posse ou eventualmente litígio acerca das obrigações resultantes do contrato, mas não no procedimento cautelar no qual se destina verificar a posse aparente.

Vejamos.

**Posse** Apesar de ser providência especificada, para a restituição provisória de posse não deixa de exigir a verificação de um dos elementos essenciais: a probabilidade do direito. E na necessária adaptação nesta providência em causa, o direito (em caso a posse) do requerente pode ser verificado apenas por meio de presunção.

Para o Tribunal no exame das provas, relativamente ao requisito titularidade dum direito numa providência cautelar, basta um juízo de

virosimilhança em probabilidade, numa aparência de direito, sem se impondo uma indagação exaustiva do direito do requerente, ao contrário para a verificação da circunstância de o direito estar ameaçado de lesão grave, entende-se ser necessário um juízo de verdade, de realidade.<sup>1</sup>

Sabemos que a posse é constituída por dois elementos: o "corpus" e o "animus" (artigos 1251 e 1253 do Código Civil), o primeiro um elemento empírico e o segundo um elemento psicológico-jurídico.

*In casu*, após a inquirição das testemunhas, o Tribunal considerou provados que tendo adquirido Banco ora recorrido por transmissão o direito de aquisição do imóvel junto ao anterior promitente comprador, com a tradição da coisa.

Uma vez que C adquiriu da Companhia de B, por *traditio rei*, passou a exercer o seu direito como se fosse proprietário. E como é óbvio tinha a posse o adquirente. E mesmo que se entenda que o adquirente possuiu apenas a mera detendor, como por exemplo no caso de um locatário, também, por extensão, é reconhecido o seu direito de pedir a providência de restituição da posse provisoriamente, como julgou o Acórdão do STJ, aqui se cita a título de direito comparado ou mera doutrina, que "o locatário, ainda que seja detentor ou possuidor precário, pode excepcionalmente usar dos meios facultados ao possuidor se for perturbado no exercício dos seus direitos."<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Entre outros os acórdão de 23 de Janeiro de 1991, do processo nº 082753 e de 23 de Setembro de 1998 do processo nº 98A200.

<sup>2</sup> Acórdão de 12 de Junho de 1991, do processo nº 080710.

Tendo posse o requerente da providência, estão preenchidos os pressupostos da providência de restituição da posse provisoriamente.

Aqui, o que está em causa é de discutir a probabilidade da existência da posse, para efeito de ordenar a sua restituição provisória, e não para os efeitos de restituição definitiva (a ordenar ou reconhecer na acção de posse). O que implica é que, não seriam viáveis os alegados pelo recorrente nomeadamente a questão de existência do direito de retenção e de existência da posse (como facto de realidade).

Tem assim aparentemente a posse.

**Esbulho violento** O esbulho supõe que o possuidor foi privado da posse que tinha, colocado em condições de não poder continuar a exercer a posse, esbulho este que pode ser alcançado com o emprego da força física que coloca as pessoas numa situação de impossibilidade material de agir, ou de ameaça provocadora de inibição da capacidade de reacção através de um processo psicológico obstrutivo, enquanto a violência que tem de caracterizar o esbulho para o efeito da restituição provisória da posse, tanto pode ser exercida sobre as pessoas como sobre as coisas, e, haverá violência contra as coisas sempre que se atinjam ou ponham em risco valores de evidente relevância patrimonial ou mesmo moral.<sup>3</sup>

Na restituição provisória de posse há esbulho se o possuidor fica em condições de não poder exercer a sua posse ou os direitos que anteriormente tinha, e violência se o possuidor é impedido de aceder ao objecto da posse.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Vide o Acórdão do STJ de 25 de Novembro de 1998 do Processo nº **98B410**.

<sup>4</sup> Acórdão do STJ de 19 de Março de 1996 do processo nº **96A110**.

Está provado que:

- ... em 22 de Outubro de 2001, a porta da fracção foi arrombada por desconhecidos, a mando do A, sem o consentimento do Banco Tai Fung.
- A porta de entrada daquele imóvel foi depois trancada com a colocação de uma corrente e um grande cadeado, passando o A a ocupar o referido imóvel.

O acto de colocação de uma corrente e um grande cadeado, sem o conhecimento do possuidor, trata-se não só de um mero acto de impedir o acesso no objecto da posse, como de um acto de apropriar, para a sua esfera jurídica, o objecto da posse do possuidor. Como é óbvio, verifica aqui o esbulho violento.

Assim sendo, a decisão ora recorrida afigura-se ser correcta nada há que censurar.

Recorda-se que aqui está a discutir um recurso interposto de uma decisão que ordena a providência cautelar de restituição provisória de posse, também não é sede própria para a invocação da caducidade da providência, por ser cronologicamente ilógica.

Por outro lado, ficou também prejudicada a apreciação da aplicabilidade da lei no tempo, pois esta surge-se em consequência de saber se tem ou não o requeinte o direito de retenção, que se afigura ser de não apreciar, com todos os acima consignados.

Assim sendo, e com todos os expostos, é de julgar improcedente o recurso.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar o provimento ao recurso interposto por A.

Custas pelo recorrente.

Macau, aos 19 de Janeiro de 2006

Choi Mou Pan (Relator)

João A. G. Gil de Oliveira

Lai Kin Hong